

XVI CONVEGNO ANNUALE  
DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI  
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO**

**ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"**

Roma, 21-22 febbraio 2025

ORESTE CAGNASSO

**Qualche spunto in tema di trasformazione di aziende speciali in società di capitali.**

**Sommario: 1. L'art. 115 T.u.e.l. - 2. Una premessa: l'opposizione dei creditori. - 3. La trasformazione eterogenea: una fattispecie? - 4. Trasformazioni di associazioni in fondazioni e viceversa. - 5. Trasformazioni eterogenee e opposizione dei creditori. - 6. Trasformazione di azienda speciale in società di capitali. - 7. Trasformazione da società di capitali in azienda speciale.**

**1. L'art. 115 T.u.e.l..**

L'art. 114 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, contenente il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.u.e.l.), offre la nozione di azienda speciale quale ente strumentale dell'ente locale, dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto.

L'azienda speciale, così come disciplinata dall'articolo richiamato, costituisce uno strumento rilevante, in particolare per i servizi pubblici locali e, se remunerati, potrebbe essere qualificata come ente pubblico economico.

Come si è osservato, è dotata di personalità giuridica, di autonomia patrimoniale e imprenditoriale, con la presenza di organi di controllo e del bilancio di esercizio depositato presso il registro delle imprese. I gestori sono “*tenuti ad applicare i vincoli di finanza pubblica a tutti gli effetti analoghi a quelli previsti per gli organismi di tipo societario*”<sup>1</sup>.

L’art. 115 prevede e disciplina la trasformazione delle aziende speciali in società di capitali: significativamente concerne esclusivamente tale trasformazione e non prevede quella opposta. La norma è nata in un periodo in cui la tendenza del legislatore era quella di privilegiare, per ragioni di efficienza, lo strumento delle società di capitali; in tempi più recenti si è venuta delineando anche una tendenza opposta, a “ripubblicizzare” le società di capitali trasformandole in aziende speciali. E ciò soprattutto nel settore del servizio idrico, ma anche per altre ragioni, quali l’eventuale obbligo per l’ente locale di “finanziare” l’azienda speciale risultante da una società di capitali in crisi.

Ai sensi del primo comma dell’art. 115, i comuni, le provincie e gli altri enti locali – successivamente la norma è stata estesa alle regioni – possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali in società di capitali potendo restarne azionisti unici.

Il capitale iniziale è determinato dalla deliberazione di trasformazione in misura non inferiore al fondo di dotazione delle aziende speciali e comunque non inferiore al capitale minimo previsto dal legislatore: l’eventuale residuo del patrimonio netto è imputato a riserve e fondi. Le società conservano i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione subentrando nei rapporti attivi e passivi. La deliberazione di trasformazione tiene luogo degli adempimenti in materia di costituzione della società.

Entro tre mesi dalla costituzione della società gli amministratori devono richiedere a un esperto, designato dal Presidente del Tribunale, una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell’art. 2343, primo comma, c.c.. E’ compito degli amministratori e dei sindaci controllare le valutazioni contenute in essa e, se sussistono fondati motivi, procedere alla revisione della stima.

---

<sup>1</sup> CAVALLINI – ORSETTI, *L’Azienda Speciale: un modello attuale per la gestione dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, 2019, 10, 1406 e segg..

Le disposizioni ora richiamate si applicano anche alle trasformazioni dei consorzi di enti locali.

La disciplina contenuta nel T.u.e.l. prevede quindi un'ipotesi peculiare di trasformazione da determinati enti pubblici in società di capitali ed è anteriore rispetto alla riforma societaria. Si pone quindi il problema di "rileggere" la norma alla luce di quest'ultima e soprattutto di verificare se l'ipotesi di trasformazione disciplinata dall'art. 115, tenuto conto della disciplina delle trasformazioni omogenee e eterogenee, debba essere integrata da ulteriori norme.

L'esame di quest'ultimo problema richiede, a mio avviso, in primo luogo, una riflessione sulla bipartizione trasformazione omogenea - eterogenea e, in particolare, una verifica in ordine alla possibilità di ricondurre la trasformazione eterogenea ad una fattispecie in senso tecnico con una propria disciplina. In tale prospettiva appare particolarmente utile l'esame di un'ulteriore ipotesi di trasformazione espressamente prevista dal legislatore, quella da associazione in fondazione e viceversa.

La trasformazione da azienda speciale in società di capitali di cui all'art. 115 T.u.e.l. costituisce una fattispecie "atipica", nel senso che è differente da quelle previste nel codice civile, tra l'altro implicando un passaggio non da un ente privato ad un altro ente privato, ma da un ente pubblico ad un ente privato. Rappresenta tuttavia un'ipotesi "tipizzata", dal momento che è espressamente prevista e disciplinata dal legislatore.

Con riferimento ad essa non si pone quindi un problema di ammissibilità e neppure di disciplina. Per contro si pone un problema di un eventuale completamento della disciplina specifica con quella prevista nel codice civile e comune alle trasformazioni, con conseguente dubbio in ordine al riferimento in questa prospettiva alla trasformazione omogenea o a quella eterogenea.

Per contro, l'ipotesi rovesciata, la trasformazione da società di capitali in azienda speciale, rappresenta un'ipotesi in senso proprio di trasformazione "atipica", ulteriore rispetto a quelle espressamente contemplate dal codice civile o comunque presenti nella legislazione.

Si pone pertanto, in primo luogo, un problema di ammissibilità, ed inoltre di disciplina. Non si tratta, come nel caso precedente, di una semplice integrazione; ma, se si ritiene ammissibile tale fattispecie, occorre ricostruirne in *toto* la disciplina con riferimento alle norme comuni, alle regole in tema di trasformazione omogenea o di quella eterogenea.

Occorre quindi ricostruire le regole applicabili ai vari profili connessi alla trasformazione. Pertanto, in primo luogo, quello concernente il procedimento: l'organo a cui compete tale scelta, le modalità, le maggioranze, il contenuto, la forma, la pubblicità ed il controllo della relativa deliberazione. Occorre poi verificare l'impatto della variazione del codice organizzativo sotto il profilo soggettivo, concernente la partecipazione all'ente. Ed ancora viene in considerazione il profilo oggettivo e quindi la valutazione del patrimonio dell'ente trasformando e l'individuazione delle regole della sua imputazione nei documenti contabili. Infine, occorre esaminare se e quali strumenti informativi siano previsti a tutela dei partecipanti all'ente. Infine, ed è forse uno dei profili più delicati e complessi, valutare se ai creditori vengano attribuiti strumenti di tutela ed in particolare se siano legittimati all'esercizio del diritto di opposizione.

## **2. Una premessa: l'opposizione dei creditori.**

Come è noto, l'art. 2500 *novies* prevede l'opposizione dei creditori. Si tratta, come risulta chiaramente dal dettato legislativo, di uno strumento posto a tutela dei creditori che trova applicazione nei vari casi di trasformazione eterogenea descritti nei precedenti articoli 2500 *septies* e 2500 *octies*. La trasformazione eterogenea, recita l'art. 2500 *novies*, ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dal legislatore, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori non consenzienti. Entro tale termine i creditori possono fare opposizione. Il Tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.

Si tratta di uno strumento che consente al singolo creditore (non consenziente) di “bloccare” la trasformazione, sospendendo l’efficacia della deliberazione fin quando il Tribunale avrà deciso in ordine alla sussistenza del pregiudizio fatto valere. In tal modo ciascun creditore può far valere l’eventuale pregiudizio derivante dalla trasformazione, ma nello stesso tempo l’autonomia dell’ente trasformando, e quindi la possibilità per quest’ultimo di modificare il codice organizzativo, trova un ostacolo non indifferente. Anche se tale facoltà è “controbilanciata” dalla possibilità *ex ante* di richiedere il consenso dei creditori e di effettuare il pagamento a favore dei creditori non consenzienti o, *ex post*, dalla possibilità di richiedere al Tribunale l’autorizzazione a porre in essere la trasformazione nonostante l’opposizione, ove manchi il pericolo di pregiudizio oppure venga prestata idonea garanzia.

Compete al creditore “provare il pericolo concreto di pregiudizio sulla base di circostanze specifiche anche se non gli si chiederà di dimostrare che dalla trasformazione possa conseguire un danno effettivo”<sup>2</sup>. Data la continuità nei rapporti, caratteristica fondamentale della trasformazione, come sottolineato in dottrina<sup>3</sup>, la consistenza patrimoniale rimane invariata. Da ciò la profonda differenza tra il pregiudizio che può derivare dalla fusione o dalla scissione con la confusione o la separazione di patrimoni da quello conseguente alla trasformazione che lascia intatto il patrimonio della società. E quindi un pregiudizio per così dire in prospettiva, connesso alle diverse caratteristiche dell’ente dopo la trasformazione rispetto all’ente trasformando, che possano incidere sulla capacità di adempiere da parte del debitore.

In qualche misura può venire in considerazione la disciplina del mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti previsto dall’art. 1461 c.c. e che può consentire la sospensione dell’esecuzione e che si collega a mutamenti non solo di carattere quantitativo relativi al patrimonio del debitore, ma anche al sopravvenire di circostanze che possano incidere sulla sua capacità di adempiere.

---

<sup>2</sup> SARALE, *Opposizioni dei creditori*, in AA. VV., *Trasformazione, fusione, scissione*. Opera diretta da A. Serra, coordinata da I. Demuro, Bologna, 2014, 322.

<sup>3</sup> SARALE, *op. cit.*, 322.

Il legislatore prevede l'opposizione dei creditori nelle varie ipotesi di trasformazione eterogenea, ritenendo che in ciascuna di esse si realizzi una situazione potenzialmente pregiudizievole per i creditori. E' molto difficile e forse impossibile cercare di individuare tale pericolo potenziale.

Quali modificazioni indotte dalla trasformazione sono tali da giustificare l'opposizione dei creditori? Credo sia utile analizzare le ipotesi di trasformazione omogenea che, secondo il legislatore, non richiedono una tutela per i creditori, nonché, ovviamente, le trasformazioni eterogenee, tutte fattispecie rispetto cui è presente la legittimazione dei creditori all'opposizione.

Nell'ambito della trasformazione omogenea e, in particolare, di quella da società di persone in società di capitali si verifica una profonda differenza nel regime di responsabilità, con passaggio da società con tutti o alcuni soci illimitatamente responsabili a società con il regime di responsabilità limitata. Tuttavia, i creditori non sono pregiudicati, dal momento che la trasformazione non incide sulla responsabilità personale dei soci in relazione ai creditori con titolo anteriore rispetto alla pubblicità dell'operazione. Si tratta di una regola di portata generale collegata ai principi in tema di responsabilità patrimoniale. Nell'ipotesi inversa, il passaggio da una società con regime di responsabilità limitata a società con soci illimitatamente responsabili, i creditori possono giovare di quest'ultima, ed anzi i soci rispondono anche delle obbligazioni pregresse. Si tratta di una regola che pare di portata generale, presente all'interno della disciplina della trasformazione omogenea, ma estesa anche a quella eterogenea (l'art. 2500 *sexies*, quarto comma c.c. è infatti richiamato dall'art. 2500 *septies* c.c.).

Nell'ambito delle trasformazioni omogenee regressive non rileva, ai fini di giustificare l'opposizione dei creditori, il passaggio da tipi societari con una complessa *governance*, dotati di organi di controllo e di bilanci depositati nel registro delle imprese, a tipi societari con una *governance* semplificata, privi di organi di controllo e di documenti contabili soggetti a pubblicità: infatti la differenza di *governance* è

“controbilanciata” dalla presenza del regime di responsabilità personale di tutti o di alcuni soci.

Attraverso l’analisi delle varie fattispecie di trasformazione eterogenea non pare possibile (come si è osservato) individuare un’unica ragione che giustifichi l’opposizione dei creditori. Piuttosto vengono in considerazione vari mutamenti che il legislatore considera possibili fonti di pregiudizio per i creditori, che quindi debbono essere tutelati.

Il mutamento più radicale si verifica nella trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d’azienda, ove cambia lo stesso soggetto debitore: non più la società, ma i titolari della comunione; con la conseguenza che verranno in considerazione le norme sulla comunione e che ciascun titolare risponderà, non solo dei debiti societari, ma anche di quelli personali. Pare evidente in questo caso il possibile pregiudizio per i creditori. Se si ritengono ammissibili ulteriori trasformazioni riportabili a tale modello (da società di persone in comunione d’azienda; da s.p.a. e s.r.l. unipersonali in impresa individuale), dovrà ritenersi estensibile a tale ipotesi la disciplina dell’opposizione dei creditori.

In altre fattispecie il legislatore prende in considerazione in particolare la modificazione dello scopo (si pensi ai consorzi, alle società consortili, alle cooperative e alle associazioni non riconosciute).

In effetti vi sono fattispecie di trasformazione dove la differenza tra l’ente prima e dopo l’operazione consiste sostanzialmente nella destinazione dei proventi, quale distribuzione di utili oppure quale minor costo di beni o di servizi: nel caso della trasformazione di una società a scopo di lucro nello stesso tipo sociale a scopo consortile non sussistono differenze dal punto di vista della *governance*, né dei presidi a tutela dei creditori, né della trasparenza, ma esclusivamente nell’utilizzazione dei proventi.

In altri casi ancora si verifica o può verificarsi il venir meno della partecipazione dei soci e si verificano rilevanti modificazioni nella *governance* e nello scopo (ad esempio nel passaggio da società di capitali in fondazioni, in particolare non di partecipazioni).

Non pare peraltro rilevante la diversa soggezione nell’ente ante trasformazione e di quello risultante alle procedure concorsuali.

La giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che, anche se la trasformazione è tendenzialmente una semplice modificazione del codice organizzativo dello stesso soggetto, non viene meno la possibilità di una “*distinta e autonoma considerazione*” dell’ente trasformando: in particolare, l’operazione non impedisce il fallimento (liquidazione giudiziale) di quest’ultimo, se ne sussistono i presupposti, indipendentemente dalla soggezione a fallimento (liquidazione giudiziale) dell’ente risultante. In tal caso viene in considerazione l’art. 10 l. f. (ora art. 33 CCII), che non presuppone necessariamente la cessazione dell’esercizio dell’impresa. Pertanto, l’ente trasformando può essere soggetto a liquidazione giudiziale nell’anno successivo alla pubblicità della trasformazione<sup>4</sup>.

Precedentemente la Cassazione si era già espressa nello stesso senso con riferimento alla trasformazione di una società di capitali in comunione d’azienda<sup>5</sup> ().

Pertanto, l’operazione in esame non determina il venir meno della soggezione a liquidazione giudiziale dell’ente trasformando e quindi i creditori possono avvalersi di tale strumento di tutela. Occorre aggiungere che il Codice della crisi prevede che la procedura di liquidazione controllata dal sovraindebitato, in caso di insolvenza, possa essere attivata anche dai creditori (art. 268, 2° comma, CCII).

E’ molto arduo estrapolare dai vari casi di trasformazione eterogenea una serie di indicazioni idonee ad individuare quali potenziali pregiudizi vengano presi in considerazione da parte del legislatore per giustificare l’attribuzione ai creditori del diritto all’opposizione. Inoltre, come si è già osservato, l’opposizione proposta in concreto da un singolo creditore deve avere come presupposto, con riferimento al singolo caso, l’individuazione di uno specifico pregiudizio che possa derivare dall’operazione.

Esaminando le varie fattispecie di trasformazione eterogenea e quindi i potenziali pregiudizi che il legislatore considera rilevanti e idonei a giustificare il diritto di opposizione, appaiono rilevanti le differenze tra l’ente di partenza e quello di arrivo

---

<sup>4</sup> Cass., 25 gennaio 2021, n. 1519. Il caso oggetto della pronuncia della Cassazione si riferiva ad un’ipotesi di trasformazione da s.r.l. in associazione sportiva dilettantistica.

<sup>5</sup> Cass., 22 ottobre 2020, n. 23174.

sotto il profilo dello scopo perseguito, della *governance*, delle diversità della compagine personale dell'ente.

### **3. La trasformazione eterogenea: una fattispecie?**

Come è noto, il legislatore utilizza la formula trasformazione eterogenea per disciplinare sei ipotesi di "passaggi" da società di capitali ad altri enti o viceversa, senza fornire alcuna definizione di tale categoria di modificazioni statutarie.

Al fine di verificare se sia possibile costruire una "fattispecie" di trasformazione eterogenea occorre prendere le mosse da un confronto dedicato ai singoli "passaggi" ed alla relativa disciplina.

Tralasciando l'ipotesi marginale della società di accomandita per azioni può essere utile, ripeto, un confronto tra s.p.a. e s.r.l., da un lato, e i sei enti elencati nell'ambito della trasformazione eterogenea, dall'altro lato.

Il consorzio presenta una *governance* differente dalle società di capitali, è privo di personalità giuridica, anche se non di soggettività; ha un regime peculiare di responsabilità personale; presenta uno scopo differente.

La società consortile potrebbe essere una società di capitali: in questo caso, la trasformazione non implica una variazione del tipo e quindi del codice organizzativo, ma solo dello scopo.

La società cooperativa è un tipo diverso rispetto alle società di capitali, con personalità giuridica e responsabilità limitata di tutti i soci e con uno scopo differente rispetto a quello lucrativo.

In tutti questi casi è possibile la continuità anche nella compagine sociale nel senso che i soci delle società di capitali trasformande diventano consorziati o soci con le medesime proporzioni negli enti di arrivo.

Nel caso delle comunioni di azienda viene meno lo stesso soggetto e anche la continuità nell'esercizio dell'impresa (almeno da parte della società): infatti, da una società di capitali si passa ad una pluralità di soggetti contitolari dell'azienda, che debbono utilizzare la stessa non per l'esercizio dell'impresa (altrimenti sorgerebbe una

società di fatto). Lo scopo nelle società di capitali è ovviamente quello lucrativo; in caso di comunione d'azienda si può parlare di uno scopo di mero godimento? E' uno scopo differente da quello lucrativo?

La trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta incide sul codice organizzativo, sul venire meno della personalità giuridica, sul regime di responsabilità, nonché sullo scopo perseguito.

La trasformazione di società di capitali in fondazione determina conseguenze ancora più profonde, causando il venir meno della partecipazione dei soci (salvo il caso della fondazione di partecipazione).

Le trasformazioni inverse comportano ovviamente il passaggio in senso contrario: tuttavia, nel caso delle associazioni, deve trattarsi di associazioni riconosciute ed è escluso qualora abbiano ricevuto contributi pubblici o liberalità da privati; la trasformazione inversa, da fondazione a società di capitali, può essere solo decisa dall'autorità governativa e possono essere socie delle società di capitali solo fondazioni. Si verifica quindi un cambiamento di scopo puramente formale: la società di capitali risultante dalla fondazione persegue uno scopo lucrativo, ma solo a favore di fondazioni, evidentemente con uno scopo ideale.

La trasformazione da società cooperative a società di capitali è ammessa solo per quelle a mutualità non prevalente.

La disciplina della trasformazione eterogenea è diretta sostanzialmente alla tutela dei soci o dei partecipanti agli enti, nonché a quella dei creditori.

Sotto il primo profilo, vengono in considerazione le norme che prevedono maggioranze qualificate, in certi casi l'unanimità; il consenso di coloro che assumeranno responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali; strumenti diretti ad informare i soci o i partecipanti delle ragioni poste a fondamento dell'operazione e dei suoi effetti; la posizione dei soci o dei partecipanti nelle società o negli enti di arrivo.

La tutela dei creditori è affidata allo strumento dell'opposizione al fine di poter far valere il pregiudizio derivante a loro dalla trasformazione.

Come si è già osservato, sono introdotti alcuni divieti per evitare che “vantaggi” ottenuti da enti privi di scopo di lucro possano essere “riversati” a favore di società lucrative.

In tale contesto è difficile delineare una fattispecie di trasformazione eterogenea.

La lettura più immediata potrebbe far riferimento al mutamento dello scopo: in effetti in quasi tutti i casi indicati si verifica una variazione dello scopo, anche se qualche dubbio potrebbe porsi nel caso di trasformazione da società di capitali in comunione d’azienda (o viceversa). Mentre non pare riscontrabile una sostanziale sostituzione dello scopo nella trasformazione da fondazioni di società di capitali. Al di là di tale constatazione, come si è osservato, le ulteriori modificazioni variano notevolmente da caso a caso, da un minimo nell’ipotesi di passaggio da una società di capitali con scopo lucrativo ad altra società di capitali dello stesso tipo con scopo consortile, ad un massimo, nel caso di passaggio da società di capitali a comunione d’azienda o dalle prime a fondazione.

Come si è osservato<sup>6</sup>, *“l’individuazione di una ratio comune ... idonea a giustificare l’estensione della disciplina ... si presenta irta di difficoltà”*.

Le varie fattispecie di trasformazioni eterogenee sono state intese ora come ipotesi eccezionali, oppure come ipotesi specificamente disciplinate in presenza di un principio generale di trasformabilità, salvo i limiti espliciti o impliciti ricavabili dal sistema<sup>7</sup>.

Appare in ogni caso difficile costruire una categoria unitaria con determinate caratteristiche che ricomprenda le ipotesi di trasformazioni eterogenee previste e disciplinate dal legislatore. La stessa profonda differenza sotto ogni profilo, funzionale e strutturale, dei vari casi previsti dal legislatore, è forse un elemento di giudizio a favore della sussistenza del principio generale della trasformabilità. L’unico elemento comune

---

<sup>6</sup> PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 4, Torino, 2007, 111 ss..

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, CETRA, *Le operazioni straordinarie negli enti del primo libro e negli enti del terzo settore*, in *Giur. comm.*, 2024, I, 532 ss. con un’ampia bibliografia a 533 e segg.

a tali fattispecie ed anche a quelle rientranti nella trasformazione omogenea è la continuità nei rapporti, che rappresenta l'effetto fondamentale e la caratteristica della trasformazione.

Anche la disciplina prevista per le trasformazioni eterogenee appare solo in parte unitaria e per di più collegata ai singoli casi.

Le norme inserite negli artt. 2500 *septies*, 2500 *octies* e 2500 *novies*, che disciplinano la trasformazione eterogenea, contengono regole difficilmente riconducibili a principi comuni<sup>8</sup>.

La trasformazione eterogenea regressiva, e quindi da società di capitali nei vari enti elencati dal legislatore, è regolata da alcune norme di carattere comune, che si limitano però al rinvio, con il filtro della compatibilità, alla disciplina della trasformazione omogenea regressiva e ad indicare le maggioranze e i consensi necessari per adottare le relative deliberazioni. Un'ulteriore regola riguarda specificamente la trasformazione in fondazione.

Per quanto concerne la trasformazione eterogenea progressiva, e quindi dai vari enti alle società di capitali, il legislatore si limita a dettare disposizioni specifiche ai vari casi, volte ad indicare le maggioranze necessarie per adottare le relative deliberazioni. Sussistono poi regole peculiari relative alle associazioni e alle fondazioni.

L'unica norma comune alle varie fattispecie di trasformazione eterogenea regressiva o progressiva è quella relativa all'opposizione da parte dei creditori. Regola non presente nell'ambito della trasformazione omogenea dal momento che (come si è osservato) i vari "passaggi" previsti dal legislatore o comunque ipotizzabili sono disciplinati in modo tale da non pregiudicare i creditori. Differente è il discorso nel caso della trasformazione eterogenea: ma, come si è già rilevato, non pare possibile individuare una *ratio* costante che giustifichi la legittimazione dei creditori ad opporsi e

---

<sup>8</sup> Cfr. CARRARO, in AA.VV., *Trasformazioni* a cura di A. Serra e I. Demuro, in *Commentario del Codice Civile e dei codici collegati Scialoja - Branca - Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2021, ove l'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto della trasformazione, 236 ss.; CAPO, *Le trasformazioni di società e in società*, in *Trattato delle società* diretto da V. Donativi, I, Milano, 2022, 765 e segg..

quindi a “bloccare” l’operazione, comune alle varie fattispecie. Come è stato sottolineato in un recente studio<sup>9</sup>, l’opposizione dei creditori può giustificarsi, a seconda dei casi, in una “diversa propensione rispetto alla continuazione dell’attività di impresa e al rischio imprenditoriale” nel passaggio da una società di capitali ad un ente differente; oppure “nel diverso grado di vincolatività del patrimonio aziendale e di tutela dello stesso” o ancora “in rilevanti differenze nei metodi di *governance*”.

Pare quindi difficile costruire una categoria di trasformazioni eterogenee con una propria disciplina così da poter utilizzarla in ipotesi di trasformazioni ulteriori tipizzate o “atipiche” di dubbia collocazione tra quelle omogenee e quelle eterogenee. Sembrerebbe, per contro, che il legislatore abbia introdotto la formula “trasformazione eterogenea” con scopi più che altro descrittivi, di sintesi di alcune ipotesi e con l’intento di disciplinarle. Parrebbe pertanto non facilmente percorribile una lettura delle norme in esame in chiave, per così dire, concettualistica, diretta a creare una sottocategoria di trasformazioni ed una relativa disciplina.

Piuttosto, in chiave sostanzialistica, si potrebbe, per così dire, disarticolare la disciplina, individuando la *ratio* di ciascuna norma e quindi delle tutele offerte ai soci in chiave di maggioranza, informazione, continuità nella partecipazione, e di tutele offerte ai creditori, in chiave di opposizione, per verificare caso per caso se i caratteri della trasformazione, l’incisività del mutamento della *governance* e della posizione dei soci, la presenza di altri modelli di amministrazione e controllo e di trasparenza contabile inducano ad applicare ad altre ipotesi di trasformazione le tutele, o alcune tutele, previste nel contesto della trasformazione eterogenea.

Al proposito pare interessante l’esame della presa di posizione da parte del legislatore, che ha previsto e disciplinato in tempi recenti un’ipotesi di trasformazione all’interno degli enti elencati dagli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c.: quella da associazione in fondazione o viceversa.

---

<sup>9</sup> DEMURO, in *Trasformazione* cura di A. Serra e I. Demuro, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scaioloja - Branca - Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2021, 349.

Prendendo le mosse dalla ricostruzione della categoria “trasformazione eterogenea” in chiave di puro mutamento dello scopo si dovrebbe pervenire alla conclusione che in tal caso ciò non si verifica, visto che l’uno e l’altro ente hanno scopo ideale. Pertanto, non dovrebbe trovare applicazione la disciplina della trasformazione eterogenea. Ma le scelte del legislatore sono in altro senso: ha ritenuto applicabili alcune norme della trasformazione eterogenea tenendo conto di altri profili differenti dall’identità di scopo e, in particolare, della profonda differenza di struttura. Ed è anche interessante osservare che non tutte le norme sulla trasformazione eterogenea sono state richiamate, ma soltanto alcune. Da ciò quindi la conclusione, per cui può aversi trasformazione eterogenea anche in caso di identità di scopo e che possono venire in considerazione, in tale ipotesi, anche solo alcune norme dettate dal legislatore per questa categoria di trasformazione.

In sostanza in presenza di trasformazioni ulteriori tipizzate o “atipiche” la domanda non è tanto quella “si tratta di trasformazione eterogenea?”, ma piuttosto quella “quali regole dettate per la trasformazione omogenea o eterogenea, dati i connotati del caso in esame, debbano venire in considerazione?”.

#### **4. Trasformazioni di associazioni in fondazioni e viceversa.**

Come è noto, il Codice del Terzo Settore<sup>10</sup> ha introdotto nel codice civile l’art. 42 *bis* sulle operazioni straordinarie delle associazioni e delle fondazioni, stabilendo che le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni possono operare reciprocamente trasformazioni, fusioni o scissioni (comma 1). Il secondo comma è dedicato in particolare alla trasformazione. In primo luogo, il legislatore fa salvo il caso dell’espressa esclusione dell’ammissibilità di tali operazioni contenuta nell’atto costitutivo o nello statuto.

La disciplina della trasformazione è strutturata:

---

<sup>10</sup> Cfr. CIRIANNI, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*. Studio 78/2020 approvato dalla Commissione Studi d’impresa il 23 aprile 2020; v. anche MAGLIULO, *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni*. Studio 77/2020 approvato dalla Commissione Studi d’impresa il 23 aprile 2020.

- con il rinvio ad una norma generale sull'operazione;
- con una regola peculiare al caso in esame;
- con il rinvio ad alcune norme relative alla trasformazione omogenea in un caso senza limitazione, negli altri casi con il limite della compatibilità;
- con il rinvio ad una sola norma contenuta nell'ambito della disciplina codicistica delle trasformazioni eterogenee con il filtro della compatibilità.

La norma di carattere generale richiamata è l'art. 2498 c.c., che in qualche modo offre la stessa nozione di trasformazione, stabilendo che, attraverso tale operazione, l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

La norma peculiare prevede che l'organo di amministrazione deve predisporre:

- una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente trasformando aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera;
- l'elenco dei creditori.

E' richiamato in *toto* il secondo comma dell'art. 2500 *sexies*, per cui gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri la motivazione e gli effetti della trasformazione; copia della stessa deve essere depositata presso la sede durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione (norma che però deve essere adattata nel caso in cui la trasformazione sia effettuata dalla fondazione); i soci (gli associati) hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia (anche questa regola deve essere adattata in caso di trasformazione della fondazione).

Sono poi richiamati nei limiti della compatibilità alcuni articoli concernenti la trasformazione in generale (art. 2499 in tema di limiti alla trasformazione; art. 2500 in tema di atto di trasformazione; art. 2500 *bis*, in tema di invalidità della trasformazione), nonché la trasformazione omogenea (art. 2500 *ter*, secondo comma in tema di capitale sociale; art. 2500 *quinquies* in tema di responsabilità dei soci).

Infine, il legislatore rinvia ad un solo articolo in tema di trasformazione eterogenea, nei limiti della compatibilità, l'art. 2500 *novies* sull'opposizione dei creditori.

L'art. 42 *bis* c.c. disciplina le operazioni straordinarie poste in essere da associazioni, riconosciute o non, e da fondazioni, anche di partecipazione, di enti appartenenti al terzo settore oppure no.

Il legislatore richiama, come si è già osservato, norme appartenenti sia alla disciplina della trasformazione omogenea sia a quella della trasformazione eterogenea, anche se lo scopo nel passaggio da associazione a fondazione e viceversa è comunque quello ideale. In particolare, come si è sottolineato, trova applicazione la norma che si riferisce all'opposizione dei creditori e anche da ciò in dottrina si perviene alla qualificazione della trasformazione, delineata dall'art. 42 *bis* c.c., nel senso del carattere eterogeneo<sup>11</sup>.

Il quarto comma dell'art. 42 *bis* c.c. prevede che gli atti relativi alle trasformazioni per i quali è prevista l'iscrizione nel Registro delle Imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di Enti appartenenti al Terzo settore, nel *Runts*.

Nel passaggio da associazione a fondazione e viceversa viene meno o si costituisce la compagine associativa, a meno che si tratti di fondazioni di partecipazione<sup>12</sup>.

## **5. Trasformazioni eterogenee e opposizione dei creditori.**

Come si è osservato è difficile, per non dire impossibile, individuare connotati comuni alle varie ipotesi di trasformazioni eterogenee previste dal legislatore, che consentano di enucleare una categoria di trasformazioni da contrapporre a quelle omogenee. L'unico connotato comune è probabilmente quello della continuità dei rapporti, ma si tratta di un carattere proprio di tutte le trasformazioni.

Anche sotto il profilo della disciplina non sembra possibile enucleare norme comuni alle varie fattispecie di trasformazione eterogenea, salva la previsione dell'opposizione da parte dei creditori.

---

<sup>11</sup> CETRA, *op. cit.*, 537.

<sup>12</sup> Cfr. CETRA, *op. cit.*, 537; art. 12 sull'impresa sociale, su cui CETRA, *op. cit.*, 547.

Se non è ricostruibile una fattispecie di trasformazione eterogenea, diventa più facile in qualche misura “staccare” dalla relativa disciplina la norma concernente il differimento dell’effetto trasformazione e la sussistenza del diritto, da esercitare in tale intervallo, di opposizione dei creditori. Certamente, come espressamente risulta dal dato normativo, in tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea è prevista la particolare tutela a favore dei creditori consistente nello strumento dell’opposizione. Ma quest’ultimo non è necessariamente presente solo in tale ipotesi. Un riscontro può essere individuato proprio nella fattispecie disciplinata all’art. 42 *bis* c.c. di trasformazione da associazioni in fondazioni e viceversa, ove è richiamato l’art. 2500 *novies* c.c..

Ipotizzando una non necessaria correlazione biunivoca tra trasformazioni eterogenee e opposizione dei creditori, per indicare l’area di applicazione di quest’ultima, occorre verificare quale sia o quali siano i profili di “pericolosità” per i creditori che possono derivare da determinate fattispecie di trasformazioni. Non è un’operazione semplice, come si è già illustrato, estrapolare dall’esame delle singole trasformazioni eterogenee il pregiudizio potenzialmente verificabile per i creditori, date le profonde differenze tra le varie fattispecie. Impossibile ancora una volta individuare un comune denominatore che valga per tutte le ipotesi.

A mio avviso, un limite alla trasformabilità è sicuramente da individuare nell’eventuale pregiudizio per i creditori. Pertanto, in presenza di quest’ultimo, la possibilità di estendere a fattispecie atipiche di trasformazione lo strumento dell’opposizione dei creditori rappresenta una condizione imprescindibile per pervenire alla conclusione della loro ammissibilità. Per converso, la presenza dell’opposizione dei creditori costituisce una “barriera” di non poco rilievo sotto il profilo operativo, un ostacolo alla trasformazione, in un contesto dove il legislatore chiaramente tende a favorire tale operazione. Concedere a ciascun creditore la facoltà di “bloccare” l’operazione può rappresentare un disincentivo assai rilevante. Le modalità per evitare tale conseguenza potrebbero essere a loro volta di impatto economico (il pagamento di tutti i creditori) oppure collegate all’alea di una vicenda processuale (l’esito dell’istanza da parte della società di autorizzazione del Tribunale a porre in essere l’operazione

nonostante l'opposizione). Ed è significativo che il legislatore abbia impedito l'opposizione dei creditori (anche di quelli della società *in bonis*) nel caso di trasformazioni contenute nel piano di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, sostituendola con l'opposizione all'omologazione, strumento processuale non solo differente, ma volto ad una tutela di contenuto differente (art. 116 CCII).

## **6. Trasformazione di azienda speciale in società di capitali.**

La ricostruzione della fattispecie delineata dall'art. 115 veniva ricondotta in una certa prospettiva in una particolare modalità di costituzione delle società di capitali, mentre, facendo leva soprattutto sul principio di continuità, veniva ricondotta, in altra prospettiva, ad un'ipotesi peculiare di trasformazione, con il dubbio se fosse da qualificare come omogenea o eterogenea<sup>13</sup>.

In un ampio studio dedicato al tema, la risposta è stata nel primo senso o "meglio nell'escludere l'applicazione del diritto all'opposizione"<sup>14</sup>.

Il T.u.e.l., come è noto, è di data anteriore rispetto alla riforma delle società. Pertanto, si è posto il problema se le norme richiamate dovessero essere intese con il contenuto presente all'epoca, oppure i richiami dovessero essere aggiornati ai nuovi dati normativi. Ed, inoltre, come si è ricordato, l'introduzione della disciplina della trasformazione eterogenea ha posto il dubbio se e in che misura dovessero venire in considerazione tali regole e, in particolare, l'opposizione da parte dei creditori.

Con riferimento alla trasformazione di aziende speciali in società di capitali si è ritenuto che si trattasse di una trasformazione omogenea, anche alla luce della circostanza che tale operazione era prevista prima della riforma societaria e che, se si

---

<sup>13</sup> Cfr. QUARTA, *La trasformazione eterogenea di una s.p.a. in azienda speciale*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2016, n. 17, 125 ss.; SANTUARI, *Sulla trasformabilità dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), settembre 2012; MALTONI - RUOTOLO, *Il procedimento ex art. 115 T.U.E.L. di trasformazione e scissione di aziende speciali e consorzi di enti pubblici in società di capitali: l'adeguamento interpretativo alla disciplina vigente del codice civile*, Studio di Imprese n. 120/2015 approvato dall'Area Scientifica - Studi di Impresa il 1° ottobre 2015.

<sup>14</sup> MALTONI - RUOTOLO, *op. cit.*.

ritenesse applicabile la disciplina della trasformazione eterogenea, si sarebbero introdotti ulteriori strumenti di tutela prima non previsti.

Occorre sottolineare che l'operazione è posta in essere attraverso la deliberazione del consiglio comunale o regionale o dell'assemblea degli enti consorziati, che quindi deve avere contenuto, forma e pubblicità in conformità alle regole sulla trasformazione in società di capitali. Come nel caso delle c.d. privatizzazioni, si tratta di trasformazioni poste in essere da un soggetto differente dall'ente trasformando e non, come nelle ipotesi previste dal codice civile, da deliberazioni interne allo stesso.

La seconda parte del primo comma dell'art. 115 T.u.e.l., come si è già illustrato, disciplina le modalità di determinazione del capitale iniziale delle società di capitali derivanti dalla trasformazione delle aziende speciali.

La relazione prevista nel comma terzo dell'art. 115 è collegata a tale norma: infatti, ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, in un momento successivo rispetto alla trasformazione e precisamente entro tre mesi, gli amministratori devono richiedere ad un esperto, designato dal Presidente del Tribunale, una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343, primo comma del codice civile.

Si tratta, a differenza della relazione nell'ambito della disciplina della trasformazione, di un documento posto in essere posteriormente all'operazione e non anteriormente. Il testo unico fa riferimento all'art. 2343 c.c.: oggi, alla luce delle novità introdotte dalla riforma societaria, dovrebbero venire in considerazione per la s.r.l. le differenti regole previste nell'art. 2465 c.c. e per la s.p.a. i procedimenti alternativi descritti dall'art. 2343 *bis*.

La domanda di fondo è se si tratti di una trasformazione omogenea o eterogenea. Come si è cercato di illustrare nelle pagine precedenti, potrebbe riformularsi la domanda in altro modo: quali regole della trasformazione eterogenea vengono in considerazione? Sussiste nel nostro caso la *ratio* che ne giustifica l'applicazione?

Una prima regola concerne la relazione prevista in caso di trasformazione eterogenea. Come si può constatare, ponendo a confronto le due relazioni, quella

prevista dall'art. 2500 *septies*, c.c. e quella prevista dall'art. 115 T.u.e.l., si tratta di documenti profondamente differenti. L'una è anteriore rispetto alla trasformazione e in qualche misura ne costituisce un presupposto, l'altra è successiva e rappresenta uno strumento di controllo del capitale iniziale e in genere dei valori patrimoniali conferiti; l'una è opera degli amministratori, l'altra dell'esperto nominato dal Presidente del Tribunale; l'una ha carattere informativo per i soci affinché valutino avendo le informazioni necessarie ragioni ed effetti della trasformazione, l'altra è uno strumento di controllo dell'effettiva sussistenza dei valori patrimoniali "trasferiti" alle società di capitali ed in particolare l'effettiva sussistenza del capitale.

La norma, contenuta nell'ambito della disciplina della trasformazione eterogenea, che impone l'obbligo della redazione da parte degli amministratori della relazione illustrativa delle ragioni e degli effetti dell'operazione sembra in questo caso inapplicabile, dal momento che la trasformazione è operata per così dire dall'esterno, cioè dall'ente locale.

Come pure non pare applicabile la regola che prevede l'opposizione dei creditori, pur verificandosi una modificazione dello scopo (che diviene quello lucrativo), rimanendo la società di capitali sottoposta agli indirizzi e alla vigilanza dell'ente locale, che rimane l'unico socio. Né si verificano sostanziali modificazioni nella *governance*.

## **7. Trasformazioni da società di capitali in azienda speciale.**

E' ammissibile la trasformazione inversa da società di capitali in azienda speciale? La risposta affermativa potrebbe discendere *de plano* sulla base del principio della trasformabilità degli enti, salvo la presenza di divieti espliciti o ricavabili dal sistema. La risposta positiva poi è stata accolta anche dalla prassi, dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. QUARTA, *op. cit.*, 134 ss. che richiama la trasformazione della società Arin s.p.a. nell'azienda speciale Acqua Bene Comune, nonché il parere positivo espresso dalla Corte dei Conti, 15 gennaio 2014.

La tendenza in alcuni casi alla “ripubblicizzazione” delle società per azioni partecipate da enti locali giustifica l’attenzione della prassi, della giurisprudenza e della dottrina alla trasformazione inversa rispetto a quella contemplata dall’art. 115 T.u.e.l..

La Sezione Autonoma della Corte dei Conti, con deliberazione del 15 gennaio 2014, n. 2, ha dato parere favorevole all’ammissibilità di tale fattispecie di trasformazione. Il Consiglio di Stato, con pronuncia del 27 giugno 2018, n. 3946, ha ritenuto ammissibile la “ripubblicizzazione” dell’organismo deputato alla gestione dei servizi pubblici e locali di rilevanza economica: tale operazione non è in contrasto con la disciplina civilistica della trasformazione, che non prevede la tassatività delle fattispecie espressamente disciplinate, né è incompatibile con la normativa pubblicistica. Si tratta quindi di un’operazione riconducibile ad una trasformazione eterogenea regressiva.

Come si è già osservato, trattandosi di una fattispecie atipica, manca una disciplina al proposito. Potranno venire in considerazione le regole sul procedimento della trasformazione eterogenea regressiva, che richiamano a loro volta, nei limiti della compatibilità, quelle della trasformazione omogenea regressiva, da società di capitali in società di persone.

La deliberazione di trasformazione dovrà essere adottata dall’assemblea straordinaria della s.p.a. o dall’assemblea qualificata della s.r.l. con le maggioranze previste per le modificazioni statutarie. Non viene in considerazione, naturalmente, la regola sul consenso ulteriore dei soci che diventeranno illimitatamente responsabili, tenuto conto che nel nostro caso non sono presenti.

Credo possa trovare applicazione la regola che prevede la presenza di una relazione degli amministratori che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione.

Se l’ente locale è unico socio della società di capitali non si porranno problemi di assegnazioni proporzionali delle partecipazioni. Nel caso in cui la società di capitali si trasformi in un’azienda speciale consortile, le partecipazioni della prima saranno attribuite agli enti locali consorziali.

Nel primo caso non verrà in considerazione il diritto di recesso dei soci non consenzienti, nel secondo caso potrebbe venire in considerazione.

Naturalmente la deliberazione di trasformazione richiederà il verbale redatto dal notaio, con il controllo da parte di quest'ultimo e l'iscrizione nel registro delle imprese. Ovviamente dovranno essere rispettate le norme pubblicistiche in ordine alla scelta effettuata dall'ente o dagli enti locali.

I creditori della società di capitali potranno avvalersi dello strumento dell'opposizione? Come si è già osservato, la società di capitali, se ne sussistono i presupposti, potrà essere assoggettata a liquidazione giudiziale nell'anno dalla pubblicità della trasformazione.

Alla luce dei vari mutamenti che possono essere indotti dalla trasformazione e che giustificano l'opposizione dei creditori non mi pare che nel caso di specie questi ultimi trovino riscontro.

Si verifica un cambiamento di scopo? Certamente viene meno lo scopo di lucro, ma rimane pur sempre nella gestione dell'azienda speciale la presenza dei vincoli propri della finanza pubblica e in particolare dell'equilibrio economico. Pertanto, non mi parrebbe che vi sia un vero e proprio mutamento di scopo.

La *governance* permane sostanzialmente analoga, con la presenza di organo di controllo, bilanci, pubblicità dei medesimi.

Anche sotto il profilo soggettivo non vi è una modificazione: l'ente o gli enti pubblici soci sono comunque l'ente o gli enti pubblici che vigilano sull'azienda speciale o partecipano all'azienda speciale consortile.

Mi pare che vi sia, nell'ottica della tutela dei creditori, una sostanziale omogeneità di situazioni e addirittura in certi casi, quando l'ente territoriale ha un obbligo di intervento, una maggior tutela in caso di azienda speciale. D'altra parte, se si ritiene che i creditori non possono avvalersi dello strumento dell'opposizione nel caso di trasformazione da azienda speciale in società di capitali, sembrerebbe conseguenziale escludere tale tutela anche nel caso opposto.

Se la trasformazione da società di capitali in azienda speciale viene qualificata come trasformazione eterogenea regressiva, a mio avviso, tale formula dovrebbe essere intesa in senso atecnico e descrittivo. Non si tratta di una qualificazione con riferimento ad una fattispecie “trasformazione regressiva” al fine di applicare la relativa disciplina, fattispecie, come ho cercato di illustrare, difficile e forse impossibile da enucleare.

La formula “trasformazione eterogenea” può essere intesa allora in senso puramente descrittivo, riferita ad un passaggio non all’interno del sistema societario, ma addirittura da un ente privato ad un ente pubblico. Trasformazione “regressiva” solo nel senso che il punto di partenza è una società di capitali e il punto di arrivo un ente differente. Certamente trasformazione “atipica”, in quanto non prevista né disciplinata dal legislatore. Le norme applicabili possono essere ricavate sia da alcune regole in tema di trasformazione omogenea, sia da alcune regole in tema di trasformazione eterogenea, compatibili con la peculiarità dell’operazione.